CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 30 juni 1992 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A — Feiten

1. De onderhavige beroepen tot nietigverklaring, wegens nalaten en tot schadevergoeding betreffen een niet-openbare aanbesteding die met medewerking van een internationale organisatie van een aantal ACS-landen, het „comité permanent inter-États pour la lutte contre la sécheresse dans le Sahel" (hierna: „CILSS") in het kader van de derde Overeenkomst van Lomé [1] (hierna: „Overeenkomst") was georganiseerd. Deze aanbesteding beoogde de verwezenlijking van een uit het Europees Ontwikkelingsfonds gefinancierd regionaal actieprogramma in de lidstaten van het CILSS. Verzoekster, de vennootschap Italsolar, gevestigd te Milaan, had een offerte ingediend die door het CILSS was afgewezen. De bij het Hof ingestelde beroepen hebben betrekking op het gedrag van de Commissie in verband met deze aanbesteding, een gedrag waardoor de Commissie volgens verzoekster haar verplichtingen niet is nagekomen.

2. Bovengenoemd programma, waarvoor overeenkomstig artikel 222 van de Overeenkomst een financieringsovereenkomst was opgesteld en dat het kader van de litigieuze aanbesteding vormt, was door het CILSS voorgesteld en betreft het gebruik van fotovoltaïsche zonneënergie in de Sahellanden (programme régional solaire — PRS). De installatie op grote schaal van fotovoltaïsche apparatuur beoogt het gebruik van zonneenergie in de negen Sahellanden [2] te verbreiden en ingang te doen vinden. Het gaat meer bepaald om pomp-, verlichtings- en koelsystemen, alsmede om systemen voor het opladen van accu's; met 95 % van het geïnstalleerde piekvermogen vertegenwoordigt het aandrijven van pompen het belangrijkste onderdeel (artikel 1 van de technische bijlage van de Bijzondere voorwaarden van de aanbesteding = Deel A van het aanbestedingsdossier). Volgens de toelichting bij het programma is dit programma gebaseerd op de volgende beginselen:

„— De lopende kosten komen ten laste van de gebruikers;

— het PRS is de eerste stap naar de verbreiding van zonneënergie op basis van gewone commerciële betrekkingen tussen klant en leverancier, in de eerste plaats ter zake van de service na de verkoop."

3. De aanbesteding zelf [nr. 6100.20.94.216 (REG/6116)] was in de eerste plaats gebaseerd op het bovengenoemde aanbestedingsdossier, bestaande uit de Bijzondere voorwaarden van de aanbesteding (Deel A) met

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Derde ACS-EEG-overeenkomst, gesloten bij een besluit van de Raad en de Commissie van 24 maart 1986 (PB 1986, L 86, blz. 3).

2 — Burkina Faso, Kaapverdië, Gambia, Guinee-Bissau, Mali, Mauritanië, Niger, Senegal en Tsjaad.

een technische bijlage en de Algemene voorwaarden van de aanbesteding (Deel B). Voorts waren de Algemene bepalingen voor door het Europees Ontwikkelingsfonds gefinancierde overeenkomsten met de overheid inzake werken en leveranties [3] (hierna: „de Algemene bepalingen") van toepassing. Volgens artikel III van deel A van het aanbestedingsdossier, had de aanbesteding enerzijds betrekking op de levering en de installatie van bovengenoemde apparatuur en anderzijds op een aantal bijkomende prestaties, namelijk:

— het opzetten van een distributienet voor vervangingsonderdelen;

— het onderhoud van de apparatuur;

— de opleiding van het personeel.

4. Voor nadere bijzonderheden over de leveringen en de installatie, de service na de verkoop, het onderhoud en de opleiding van het personeel verwijst dit artikel naar de technische bijlage.

5. Terwijl artikel 236, lid 1, van de Overeenkomst en artikel 45, lid 1, van de Algemene bepalingen aangeven, welke de algemene criteria zijn voor het vaststellen van de „economisch meest voordelige offerte", die volgens artikel 226, lid 2, van de Overeenkomst moet worden gekozen, blijkt uit verscheidene passages van Deel A van het aanbestedingsdossier, dat — van al die criteria — de geboden *service na de verkoop* in de litigieuze aanbesteding „van fundamenteel belang" is (zie nr. X.2 van Deel A alsmede artikel 1, voorlaatste alinea, en artikel 3.1 van de technische bijlage). Laatstgenoemde bepaling preciseert, dat de offertes die niet aan de daar gestelde voorwaarden voldoen, moeten worden afgewezen, hoe de kwaliteit en de prijs van de leveringen voor het overige ook worden beoordeeld; zij noemt de voorwaarden waaraan elke offerte op dit punt moet voldoen. De inschrijver dient per staat waarop de betrokken kavel betrekking heeft, de naam en de referenties op te geven van een vennootschap die hem aldaar vertegenwoordigt en die de service na de verkoop onder zijn verantwoordelijkheid zal verrichten. Het moet gaan om een vennootschap van duurzame aard naar plaatselijk recht. Daartoe diende in de offerte onder meer te worden opgegeven:

— de naam, de oprichtingsdatum en het maatschappelijk kapitaal van de vertegenwoordiger per staat, alsmede de vestigingsplaatsen van deze vennootschap;

— de referenties van deze vennootschap met betrekking tot de uitvoering van opdrachten welke met die van de aanbesteding vergelijkbaar zijn.

— de aard van de zakelijke betrekkingen tussen de inschrijver en zijn plaatselijke vertegenwoordiger.

6. Artikel 8 van de technische bijlage, die de samenstelling van de offertes regelt, bepaalt, dat met betrekking tot de service na de verkoop onder meer documenten moeten worden voorgelegd die inlichtingen verstrekken over de nationale vertegenwoordiger van de inschrijver en over de middelen die zullen worden aangewend om te voldoen aan de verplichtingen inzake de service na de verkoop.

3 — Zie verordening (EEG) nr. 282/72 van de Raad van 31 januari 1972 (PB 1972, L 39, blz. 1).

7. De te plaatsen opdracht was in drie kavels verdeeld. Elke kavel omvatte verschillende Sahellanden:

— kavel nr. 1: Kaapverdië, Gambia, Guinee-Bissau, Mauritanië en Senegal;

— kavel nr. 2: Burkina Faso en Mali;

— kavel nr. 3: Niger en Tsjaad.

8. Volgens artikel IV.4 van Deel A van het aanbestedingsdossier konden de inschrijvers offertes indienen voor een, twee of drie kavels, maar moest het daarbij gaan om afzonderlijke offertes. De economisch voordeligste offerte volgens de in de technische bijlage genoemde criteria diende voor elke kavel afzonderlijk te worden bepaald. Om de verschillende systemen en prestaties te kunnen vergelijken, was bepaald, dat de drie kavels niet aan dezelfde inschrijver mochten worden gegund.

9. Op grond van het verzoek om toelating tot een niet-openbare aanbesteding dat verzoekster in het kader van het bericht nr. 2731 [4] van voorselectie van ondernemingen had ingediend, verzocht de secretaris van het CILSS haar bij brief van 6 juli 1989 om vóór 6 november 1989 een overeenkomstig het aanbestedingsdossier opgestelde offerte bij het directoraat-generaal Ontwikkeling (DG VIII) van de Commissie in te dienen. Verzoekster diende binnen de gestelde termijn een offerte in voor *de tweede en derde kavel.*

10. Na opening van de enveloppen werden de offertes onderzocht en beoordeeld en werden verschillende inlichtingen en toelichtingen verzameld. Zo werd verzoekster bij brief van het DG VIII van 14 november 1989 verzocht om nadere inlichtingen over de technische specificaties van de apparatuur, de referenties over eerder gebruik in landen overzee, de voorgenomen wijze van installatie en de organisatie van de service na de verkoop.

11. Verzoekster verstrekte al deze inlichtingen binnen de gestelde termijn.

12. Op 27 november 1989 werd een onderzoeksteam naar verzoeksters bedrijf gezonden voor een technische verificatie van de produkten van de onderneming.

13. Nadat verzoekster op verzoek van het CILSS de in artikel XV van Deel A van het aanbestedingsdossier bepaalde geldigheidsduur van haar offerte met twee maanden had verlengd, stelde het CILSS voor het contract niet aan verzoekster maar voorlopig aan andere ondernemingen te gunnen en voor deze ondernemingen overeenkomstig artikel 5 van de technische bijlage van Deel A van het aanbestedingsdossier de fase van de technische proeven aan te vatten. Op 30 april 1990 stemde de Commissie met dit voorstel in.

14. Bij telexbericht van 3 mei 1990, bevestigd bij brief van 7 mei 1990, deelde het CILSS verzoekster mee, dat haar offerte was afgewezen.

4 — PB 1988, S 62, blz. 5.

15. Bij brief van 7 mei 1990 wendde verzoekster zich tot de Commissie. Daarbij verwees zij alleen naar het telexbericht, aangezien zij de bevestigingsbrief van 7 mei 1990 kennelijk nog niet had ontvangen. Zij betoogde dat, indien de mededeling (van 3 mei) betekent, dat haar offerte van de gunning is uitgesloten en zij deze in definitieve vorm ontvangt, zij die om zeer ernstige redenen, die zij kenbaar zou maken, als volstrekt onwettig beschouwt. Zij behield zich derhalve het recht voor zich tot de bevoegde rechter te wenden. Zij voerde onder meer aan, dat haar offerte bij de opening van de enveloppen de economisch voordeligste was gebleken en dat de vennootschappen die zij als haar vertegenwoordigers in de verschillende landen had gekozen, competent waren. Zij voegde eraan toe, dat elke uitsluitingsmaatregel die niet op objectieve gronden berust, de nietigheid van de hele aanbestedingsprocedure tot gevolg heeft.

16. De brief besloot:

„In de hoop dat het bericht dat wij hebben ontvangen, op een misverstand berust, zouden wij hierover graag spoedig een antwoord van u ontvangen."

17. De Commissie antwoordde bij brief van de directeur-generaal van DG VIII van 12 juni 1990, dat de bevoegdheid om over de gunning van de kavels te beslissen, bij de secretaris van het CILLS lag, aangezien deze organisatie verantwoordelijk was voor de uitvoering van het PRS, in het kader waarvan de aanbesteding was uitgeschreven. De Commissie had de procedure in ieder geval nauwlettend gevolgd en het CILSS had voor de beoordeling van de technische aspecten van de verschillende offertes internationale deskundigen geraadpleegd. Voorts was voor de keuze van de offerte die als geheel de economisch voordeligste was, overeenkomstig het aanbestedingsdossier niet alleen rekening gehouden met de kwaliteit van de apparatuur, maar ook met de levensduur van de installaties en inzonderheid met de service na de verkoop en de garanties inzake onderhoud. In het kader daarvan verklaarde de schrijver van de brief, dat hij tot zijn spijt enkel kon bevestigen, dat de offerte van Italsolar — die onweersproken kwaliteiten bleek te hebben, hetgeen de verlenging van verzoeksters offerte had gerechtvaardigd — door de secretaris van het CILSS niet in aanmerking was genomen. Indien verzoekster bezwaren wenste te maken met betrekking tot de aanbesteding, diende zij die aan het CILSS te richten. Ingevolge artikel 45, lid 2, vijfde alinea, van de Algemene bepalingen is de overheid evenwel niet gehouden haar beslissing met redenen te omkleden.

18. Bij brief van 9 juli 1990 verzocht verzoekster de secretaris van het CILSS om intrekking van het besluit tot afwijzing en om toelating tot het vervolg van de aanbestedingsprocedure, met name tot de laboratoriumproeven, tot aan de definitieve gunning. Bij uitblijven van voor haar gunstige maatregelen zou zij, aangezien haar offerte de economisch voordeligste was, overeenkomstig artikel 238 van de Overeenkomst de arbitrageprocedure inleiden om te doen vaststellen, dat zij het recht heeft aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen en om de opdracht dan wel schadevergoeding te krijgen.

19. Op 4 december 1990 leidde zij bij de Internationale Kamer van Koophandel een arbitrageprocedure in tegen het CILSS.

20. Bij beschikking van 25 oktober 1990 wees de president van het Hof een door verzoekster bij afzonderlijke akte ingesteld verzoek in kort geding af.

21. Verzoekster acht haar uitsluiting van de aanbestedingsprocedure, maar ook het haar bij brief van 12 juni 1990 meegedeelde besluit van de Commissie onwettig. De Commissie heeft in ieder geval niet de nodige maatregelen getroffen om verzoeksters belangen te beschermen. Verzoekster heeft daardoor ernstige schade geleden en vordert daarvoor vergoeding van de Commissie.

22. Verzoekster concludeert, dat het den Hove behage:

— het bij brief van 12 juni 1990 aan verzoekster ter kennis gebrachte besluit van de Commissie nietig te verklaren;

— subsidiair, vast te stellen dat de Commissie heeft nagelaten ten aanzien van verzoekster de maatregelen te nemen waartoe zij verplicht was;

— de Commissie te veroordelen tot vergoeding van de door verzoekster geleden schade;

— de Commissie in de kosten te verwijzen, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen.

23. De Commissie concludeert, dat het den Hove behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren voor zover het op de artikelen 173 en 175 EEG-Verdrag is gebaseerd, en het, subsidiair, ongegrond te verklaren;

— het beroep ongegrond te verklaren voor zover het op de artikelen 178 en 215, tweede alinea, EEG-Verdrag is gebaseerd;

— verzoekster in de kosten te verwijzen, daaronder begrepen die welke op het het kort geding zijn gevallen.

24. Aangaande de gegrondheid van het beroep tot schadevergoeding betoogt de Commissie allereerst, dat zij wegens de ontoereikendheid van de door verzoekster geboden service na de verkoop het voorstel van het CILSS verenigbaar met de bepalingen van de aanbesteding achtte en dan ook geen enkele reden had zich tegen dat voorstel te verzetten.

B — Discussie

I — *De verzoeken krachtens de artikelen 173 en 175 EEG-Verdrag*

25. *1.* Het geschil over de ontvankelijkheid van deze verzoeken betreft eigenlijk de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie, die ter zake volgens de artikelen 226, lid 1, en 228, lid 1, van de Overeenkomst door de hoofdordonnateur en de gemachtigde wordt vertegenwoordigd, en de namens de deelnemende ACS-landen optredende dienst (in casu het CILSS) bij de uitvoering overeenkomstig de artikelen 192 en 215 en volgende van de Overeenkomst, van de door het Europees Ontwikkelingsfonds gefinancierde

projecten. In dit kader moet over twee verschillende punten worden beslist, namelijk over de gunning van de opdracht als zodanig en over de financiering uit de middelen van het Fonds.

26. Wat de bevoegdheidsverdeling op dit gebied betreft, verduidelijkte verzoekster ter terechtzitting het — onduidelijke — betoog dat zij in de schriftelijke behandeling had gevoerd. Tijdens de schriftelijke behandeling had zij betoogd, dat de bevoegdheid om over de door het Europees Ontwikkelingsfonds gefinancierde contracten te onderhandelen en deze te sluiten weliswaar bij het CILLS ligt, [5] doch dat de Commissie over ruime bevoegdheden beschikt ter zake van de organisatie van en het toezicht op de aanbestedingsprocedure. [6] In de zaak CMC [7] had de Commissie zich tegen de uitsluiting van de voordeligste offerte verzet en het Hof zag dat niet als een onregelmatigheid. [8]

27. In het kader van haar betoog tot staving van haar verzoek krachtens artikel 175 heeft verzoekster hier nog aan toegevoegd, dat de Commissie ter zake van de aanbestedingsprocedure een verplichting tot waakzaamheid heeft, in die zin dat zij erop moet toezien, dat de aanbestedende overheid het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod in acht neemt en de economisch voordeligste offerte kiest. [9] De Commissie maakte zich schuldig aan een laakbaar verzuim doordat zij niets deed om verzoekster opnieuw tot de aanbestedingsprocedure te doen toelaten. [10]

5 — Repliek blz. 8.
6 — T. a. p.
7 — Arrest van 10 juli 1985, zaak 118/83, CMC, Jurispr. 1985, blz. 2325.
8 — Verzoekschrift blz. 17.
9 — Repliek blz. 5.
10 — Verzoekschrift blz. 18.

28. Tijdens de schriftelijke behandeling is verzoekster evenwel niet uitdrukkelijk ingegaan op de vraag, of deze bevoegdheden en plichten — behoudens op de financiering (zie artikel 192, lid 4, van de Overeenkomst) rechtens ook betrekking hadden op de *gunning* zelf en op de *daartoe gevolgde procedure*. Zij beriep zich daarentegen primair op de *feitelijke* positie van de Commissie: het besluit dat verzoekster schade berokkent, draagt formeel — doch alleen formeel — de handtekening van de secretaris van het CILSS [11]; de door het Europees Ontwikkelingsfonds gefinancierde aanbestedingen worden door de Commissie beheerd met de zuiver formele medewerking van de ACS-Staten. [12] Zo heeft de Commissie zelf het technische onderzoeksteam naar verzoeksters bedrijf gezonden, terwijl het CILSS zich daartegen verzette en zijn eigen vertegenwoordiger heeft belet daaraan deel te nemen. [13]

29. Ter terechtzitting heeft verzoekster zich dan beroepen op artikel 192, lid 3, sub d, van de Overeenkomst, dat luidt als volgt:

„De ACS-Staten en de Gemeenschap zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor:

(...)

d) het ten uitvoer leggen van de nodige toepassingsmaatregelen om deelneming onder gelijke voorwaarden aan de aanbestedingen en contracten te waarborgen;

11 — Verzoekschrift blz. 10.
12 — Verzoekschrift blz. 15 en 16.
13 — Repliek blz. 1 en 2.

(...)"

30. Uit een vergelijking van deze bepaling met artikel 192, lid 2, sub d, volgens hetwelk de ACS-Staten verantwoordelijk zijn voor

„het uitwerken van, het onderhandelen over en het sluiten van de contracten",

leidde zij af, dat de ACS-Staten en de Gemeenschap *gezamenlijk* verantwoordelijk zijn voor de aanbestedingsprocedure tot en met de gunning, terwijl alleen het sluiten van het contract met de gekozen inschrijver in het stadium na de gunning onder de uitsluitende bevoegdheid van de betrokken ACS-Staat valt. De instemming van de vertegenwoordiger van de Commissie met het voorlopige gunningsvoorstel van de ACS-Staat (zie artikel 228, lid 3, sub d en e, van de Overeenkomst) is een noodzakelijke voorwaarde voor de gunning zelf.

31. De kwestie van een gedrag van de Commissie, dat een inmenging in de bevoegdheden van het CILSS kan opleveren, behandel ik bij het onderzoek van het beroep tot nietigverklaring, doch de principiële vraag van de bevoegdheidsverdeling dient hier te worden behandeld.

32. Dienaangaande is het Hof in de zaak STS [14], op grond van een onderzoek van de relevante bepalingen van de ter zake toepasselijke tweede Overeenkomst van Lomé [15] tot de — in de latere arresten CMC [16] en Murri [17] alsmede in het arrest Clemessy [18] bevestigde — conclusie gekomen, dat

„(...) contracten die voor steun van het EOF in aanmerking komen, nationale contracten (blijven), in die zin dat de autoriteiten van de onderscheiden ACS-Staten bevoegd zijn ze uit te werken, er over te onderhandelen en ze af te sluiten". [19]

33. Wat de bevoegdheden van de gemachtigde en de hoofdordonnateur (de vertegenwoordigers van de Commissie) krachtens artikel 123 van de tweede overeenkomst van Lomé (artikel 228 van de in casu toepasselijke derde overeenkomst) betreft, staat in rechtsoverweging 16 van het arrest:

„(...) de bemoeienis van de vertegenwoordigers van de Commissie tijdens die procedure, of het nu om goedkeuring of niet-goedkeuring, om tekenen voor gezien of niet-tekenen voor gezien gaat, [blijft] beperkt (...) tot de vaststelling dat aan de voorwaarden voor financiering door de Gemeenschap al dan niet voldaan is. Schending van het beginsel dat zulke contracten nationale contracten zijn, in die zin dat alleen de ACS-Staten voor uitwerking, onderhandeling en afsluiting verantwoordelijk zijn, is van die bemoeienis niet het doel en kan er ook het gevolg niet van zijn."

14 — Arrest van 10 juli 1984, zaak 126/83, STS, Jurispr. 1984, blz. 2769.

15 —

Lomé II		Lomé III
Art. 108, lid 2	=	Art. 192, lid 2
Art. 120	=	Art. 225, lid 3
Art. 122	=	Art. 227
Art. 108, id 5	=	Art. 192, lid 4
Art. 121	=	Art. 226
Art. 123, lid 1, sub a	=	Art. 228, lid 1, sub a

16 — Reeds aangehaald.

17 — Arrest van 19 september 1985, zaak 33/82, Murri, Jurispr. 1985, blz. 2759.

18 — Arrest van 24 juni 1986, zaak 267/82, Développement SA en Clemessy, Jurispr. 1986, blz. 1907.

19 — R. o. 13 van het arrest STS.

34. Verder overweegt het Hof in het arrest (r. o. 18 in fine):

„[De inschrijvende] ondernemingen onderhouden in feite alleen rechtsbetrekkingen met de voor het contract verantwoordelijke ACS-Staat, en de handelingen van de vertegenwoordigers der Commissie kunnen niet tot gevolg hebben dat, te hunnen aanzien, een door de Gemeenschap genomen besluit in de plaats treedt voor het besluit van de — tot afsluiting en ondertekening van het contract uitsluitend bevoegde — ACS-Staat."

35. Uit het samenstel van die citaten blijkt duidelijk, dat de uitsluitende bevoegdheid van de ACS-Staten geenszins alleen betrekking heeft op de ondertekening van de contracten met de gekozen inschrijver na de gunning. Deze staten blijven namelijk niet alleen verantwoordelijk voor de aanbestedings*procedure*, daar de bemoeienis van de vertegenwoordigers van de Commissie alleen de financiering door de Gemeenschap betreft (r. o. 16), maar ook voor de gunning zelf, hetgeen duidelijk tot uiting komt in de uitdrukking „nationale contracten" [20] en overigens wordt bevestigd door artikel 45 van de Algemene bepalingen. [21] Wat met name de door verzoekster bestreden stelling betreft, dat de instemming van de Commissie met het voorlopige gunningsvoorstel alleen op de financiering slaat, is niet alleen bovengenoemde rechtsoverweging 16 van het arrest STS van belang, maar ook de vaststelling van het Hof in het arrest STS (r. o. 19), dat

„het besluit waarbij de vertegenwoordiger van de Commissie de omstreden gunning aan de vennootschap Telspace heeft goedgekeurd, STS niet ‚rechtstreeks' raakt in de zin van artikel 173, tweede alinea, van het EEG-Verdrag".

36. Gelet op het voorgaande moet verzoeksters stelling over de bevoegdheidsverdeling worden verworpen.

37. 2. Tegen deze achtergrond blijkt, dat de beroepen krachtens de artikelen 173 en 175 om verschillende redenen niet-ontvankelijk zijn.

38. a) De ontvankelijkheid van het verzoek krachtens artikel 173 hangt af van het antwoord op de vraag, of het gaat om een handeling die rechtsgevolgen in het leven kan roepen. [22] Volgens verzoekster is de brief van 12 juli 1990 een dergelijke handeling. Ter

20 — Zie ook de beschikking van de President van het Hof van 25 oktober 1990 op het verzoek in het kort geding (zaak C-257/90 R, r. o. 18), waarin eigenlijk wordt gezegd, dat het CILSS zowel positief als negatief over de gunning *beslist*.

21 — Over de handelwijze van de met het onderzoek van de offertes belaste commissie en van de overheid van het betrokken derde land bepaalt dit artikel namelijk het volgende:
„1. De commissie stelt *de overheid* de economisch meest voordelige aanbieding voor (...)
2. (...)
Ter informatie stelt *de overheid* de door haar gekozen inschrijver in kennis van haar keuze. Dit geschiedt per aangetekend schrijven met kennisgeving van ontvangst.
(...)
De overheid bericht, eveneens bij aangetekend schrijven, de overige inschrijvers omtrent de afwijzing van hun aanbieding.
De overheid is niet gehouden de beweegredenen van haar keuze bekend te maken.
(...)
4. Indien de overheid besluit geen gevolg te geven aan een aanbesteding, bericht zij dat aan alle inschrijvers (...)
(Cursivering van mij).

22 — Zie bij voorbeeld de beschikking van 4 oktober 1991, zaak C-117/91, Bosman, Jurispr. 1991, blz. I-4837, r. o. 13.

terechtzitting heeft zij in dit verband haar in de schriftelijke memories niet erg duidelijk [23] geformuleerde betoog verduidelijkt als volgt. De brief bevat twee besluiten van de Commissie: enerzijds de mededeling dat de uitsluiting stilzwijgend is goedgekeurd bij wege van instemming met de voorlopige gunning en anderzijds de weigering om maatregelen te treffen om de situatie te herstellen, dat wil zeggen om verzoekster opnieuw tot de aanbestedingsprocedure toe te laten.

39. Deze zienswijze kan ik niet bijtreden. In die brief geeft de Commissie alleen haar zienswijze over de rechtstoestand, wat de bevoegdheden, de gunningscriteria en toepasselijke vormvoorschriften betreft, en bevestigt zij alleen — op basis van haar kennis van de feiten — dat het CILSS verzoeksters offerte niet in aanmerking heeft genomen.

40. De enige handeling die rechtsgevolgen in het leven kan roepen, is de in de brief vermelde maatregel van het CILSS, waarnaar de Commissie evenwel alleen verwijst. Noch op basis van de door de Commissie in de brief gegeven uiteenzetting, noch de facto (zoals wij bij het onderzoek van de bevoegdheidsverdeling hebben gezien) kan deze maatregel aan de Gemeenschap worden toegerekend. Ook verzoeksters betoog, dat het CILSS slechts formeel over de gelaakte uitsluiting heeft besloten, verandert daar niets aan. Er zijn geen aanwijzingen, dat de Commissie haar bevoegdheid te buiten is gegaan of een ongeoorloofde invloed op het CILSS heeft uitgeoefend om verzoekster van de gunning uit te sluiten. Verzoekster heeft weliswaar betoogd, dat de Commissie in het kader van het zenden van het technische onderzoeksteam beslissingen in de plaats van het CILSS heeft genomen (hetgeen verweerster evenwel betwist), doch zij is niet opgekomen tegen de door de Commissie gegeven voorstelling van zaken, dat het voorstel tot voorlopige gunning aan een andere inschrijver, geheel overeenkomstig de bevoegdheidsverdeling, van het CILSS uitging.

41. Wat nu de eventuele instemming van de Commissie met de voorlopige gunning betreft, daarvan is in de gelaakte brief geen sprake en zelfs in haar verzoekschrift gaat verzoekster er nog van uit, dat er nog geen voorlopige gunning is geweest. [24]

42. Verder kan ik niet ontwaren, dat de Commissie een verzoek om de situatie recht te zetten, heeft afgewezen. Dit is ook niet echt verwonderlijk, daar verzoekster in haar brief van 7 mei 1990 geen uitdrukkelijk

23 — Op de bladzijden 10 en 11 van het verzoekschrift wordt verklaard, dat een ondubbelzinnige standpuntbepaling van de Commissie (jegens het CILSS), waarin duidelijk werd gewezen op het ongeoorloofde karakter van de uitsluiting van verzoekster, deze uitsluiting ongetwijfeld zou hebben voorkomen. De gelaakte brief, waarbij de Commissie heeft geweigerd de gevraagde maatregelen ter bescherming van de belangen van verzoekster te treffen, zou een besluit met rechtsgevolgen voor verzoekster opleveren. Op blz. 18 van het verzoekschrift staat te lezen, dat het besluit waarbij de Commissie met de uitsluiting van verzoekster heeft ingestemd, moet worden nietigverklaard. (In het daaraanvolgende subsidiaire betoog lijkt verzoekster ervan uit te gaan, dat dit „besluit" bij de gelaakte brief is meegedeeld.) Het is niet duidelijk, hoe die twee stellingen zich tot elkaar verhouden. In repliek (blz. 4) betoogt verzoekster, dat die brief het definitieve standpunt van de Commissie over de door verzoekster aangedragen feiten bevat. Uit deze brief zou blijken, dat de Commissie de door verzoekster gelaakte vergissingen weigert te corrigeren.

24 — Zie blz. 11 van het verzoekschrift.

verzoek in die zin heeft geformuleerd. Enerzijds zegt zij in die brief, dat — en waarom — zij haar uitsluiting onwettig acht, dat zij zich het recht voorbehoudt zich tot „de bevoegde rechter" te wenden en dat een niet-objectief gerechtvaardigde uitsluiting haars inziens tot de nietigverklaring van de gehele aanbestedingsprocedure zou leiden. Voorts zegt zij te hopen, dat het om een „misverstand" gaat, en verzoekt zij de Commissie om een „antwoord".

43. Uit al het voorgaande blijkt, dat het beroep krachtens artikel 173 reeds niet-ontvankelijk is, omdat er geen handeling is die rechtsgevolgen in het leven kan roepen.

44. Mocht het Hof de brief van de Commissie toch aldus begrijpen, dat hij de door verzoekster gelaakte instemming (met de voorlopige gunning) of weigering (om de situatie te herstellen) bevat, dan nog wordt verzoekster in ieder geval door die handelingen niet rechtstreeks geraakt. [25] Hieraan wordt ook niets afgedaan door het door verzoekster aangehaalde arrest van het Hof in de zaak Piraiki-Patraiki. [26] In die zaak ging het om de vraag, of een door de Commissie gegeven machtiging voor vrijwaringsmaatregelen krachtens artikel 130, lid 1, tweede alinea, van de Toetredingsakte van Griekenland verzoeksters, Griekse fabrikanten van garens van katoen, rechtstreeks raakte. De machtiging stond Frankrijk toe de invoer van garens van katoen uit Griekenland tijdelijk aan een quotaregeling te onderwerpen. Het Hof stelde vast, dat de beschikking van de Commissie zonder nationale uitvoeringsmaatregelen geen gevolgen kon hebben voor verzoekster, doch dat gezien de houding van Frankrijk vóór en bij de indiening van het verzoek de mogelijkheid dat het geen gebruik zou maken van de hem door de beschikking van de Commissie verleende bevoegdheid, louter theoretisch was. Het Hof achtte de verzoeksters dus rechtstreeks geraakt. Het beslissende verschil met de onderhavige zaak bestaat hierin, dat de door de Commissie in de zaak Piraiki-Patraiki gegeven machtiging de vrijwaringsmaatregelen zelf betrof, terwijl in het onderhavige geval de maatregelen van de vertegenwoordigers van de Commissie alleen betrekking hebben op de financiering door het Europees Ontwikkelingsfonds, terwijl de besluiten over het verloop en het resultaat van de aanbestedingsprocedure waardoor de inschrijvers worden geraakt, door het CILSS zelfstandig worden genomen.

45. Het beroep ware derhalve ook niet-ontvankelijk wanneer het Hof mijn uitlegging van de brief van de Commissie van 12 juni 1990 niet volgt.

46. b) Het verzoek krachtens artikel 175 EEG-Verdrag voldoet in de eerste plaats niet aan het in de tweede alinea van dit artikel gestelde ontvankelijkheidsvereiste, namelijk dat de Commissie „tot handelen" is uitgenodigd. Alleen de brief van 7 mei 1990 zou als een dergelijke uitnodiging kunnen worden

25 — Zie arrest STS, r. o. 19.

26 — Arrest van 17 januari 1985, zaak 11/82, Piraiki-Patraiki, Jurispr. 1985, blz. 207.

beschouwd. Deze brief laat evenwel, in strijd met de ter zake geldende vereisten [27], op zijn minst open, *welke* maatregelen de Commissie dient te treffen. [28]

47. Een handeling van de Commissie in het kader van de artikelen 215 en volgende van de Overeenkomst zou overigens, zoals wij hebben gezien, niet tot verzoekster maar tot het CILSS zijn gericht. Dat geldt met name ook voor het verzuim waaraan de Commissie zich volgens verzoekster schuldig heeft gemaakt door het CILSS niet uit te nodigen verzoekster opnieuw tot de aanbestedingsprocedure toe te laten. Die uitnodiging zou als maatregel met het oog op een volgens de voorschriften te verrichten financiering (meer bepaald als een mededeling van het standpunt van de Commissie, dat indien aan de uitnodiging geen gevolg wordt gegeven, de financiering door het EOF in gevaar kan komen) alleen het CILSS rechtstreeks raken. Voor zover verzoekster ter terechtzitting heeft betoogd, dat het verzuim (in de eerste plaats ten aanzien van het zoëven beschreven gedrag) erin bestond, dat de Commissie zich niet tegen de uitsluiting van verzoekster heeft verzet, zijn de desbetreffende overwegingen van overeenkomstige toepassing.

48. In dergelijke gevallen van aan een derde te richten maatregelen die de verzoeker niet rechtstreeks raken, is niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 175, derde alinea, zelfs al wordt aangenomen, dat die maatrege len rechtsgevolgen in het leven roepen. [29] Het krachtens deze bepaling ingestelde beroep is derhalve niet-ontvankelijk. [30]

II — *Het verzoek krachtens de artikelen 178 en 215 EEG-Verdrag*

49. *1.* a) Met betrekking tot de *ontvankelijkheid* van dit verzoek dient allereerst te worden verwezen naar de door het Hof in de zaak CMC geformuleerde en in de arresten Murri en Clemessy herhaalde overweging, dat

„het (...) niet uitgesloten [is] te achten, dat derden schade kunnen lijden door handelingen of gedragingen van de Commissie, haar diensten of personeelsleden in het kader van de uitvoering van door het Fonds gefinancierde projecten". [31]

50. Het Hof vervolgt:

„Eenieder die stelt door zulke handelingen of gedragingen te zijn geschaad, dient derhalve de mogelijkheid te hebben om beroep in te stellen indien hij de aansprakelijkheid kan bewijzen, dat wil zeggen het bestaan van een schade veroorzaakt door een aan de Gemeenschap toe te rekenen onrechtmatig handelen of onrechtmatige gedraging." [32]

27 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Römer van 1 juli 1971, zaak 8/71, Komponistenverband, Jurispr. 1971, blz. 712, 716.

28 — Zie hierboven de punten 15, 16 en 42.

29 — Zie de beschikkingen van 30 maart 1990, zaak C-371/89, Emrich, Jurispr. 1990, blz. I-1555, r. o. 5, en van 23 mei 1990, zaak C-72/90, Asia Motor France, Jurispr. 1990, blz. I-2181, r. o. 10. De vraag, of aan de vereisten van artikel 175, derde alinea, is voldaan wanneer verzoeker, zonder zelf adressaat van de verzochte maatregel te zijn, er toch rechtstreeks en individueel door wordt geraakt, is nog niet volledig beantwoord. Hier behoeft zij evenwel niet te worden behandeld.

30 — Arrest in de zaak CMC, r. o. 29.

31 — Arrest in de zaak CMC, r. o. 31.

32 — T. a. p.

51. Het Hof erkende dus overeenkomstig het beginsel van de autonomie van het beroep tot schadevergoeding ten opzichte van het beroep tot nietigverklaring [33] en van het beroep wegens nalaten [34], dat de ontvankelijkheid van het eerste niet wordt aangetast door de omstandigheid dat het bijzondere rechtskarakter van de maatregelen van de Commissie een beroep tot nietigverklaring of wegens nalaten in de weg staat.

52. b) De Commissie heeft de ontvankelijkheid van het verzoek om schadevergoeding overigens niet betwist. Zij achtte alleen de schaderaming in repliek niet-ontvankelijk.

53. Dienaangaande zij vastgesteld, dat verzoekster zich in haar verzoekschrift uitdrukkelijk het recht heeft voorbehouden, de schade te ramen, en vervolgens de aard van de twee aangevoerde schadeposten heeft aangegeven, te weten de kosten van het opstellen van de offerte en de winstderving doordat het contract haar niet is gegund.

54. In repliek raamde verzoekster de schadeposten. [35]

55. In die omstandigheden beschouw ik het ingediende verzoek als een — in repliek nader gepreciseerd — verzoek tot vaststelling van de twee genoemde schadeposten en verwijs ik naar de rechtspraak van het Hof, waarin uitdrukkelijk is verklaard, dat artikel 38, lid 1, sub d, van het Reglement voor de procesvoering de ontvankelijkheid van dergelijke verzoeken en preciseringen niet in de weg staat. [36]

56. 2. De *gegrondheid* van dit verzoek hangt af van drie voorwaarden, namelijk van de onrechtmatigheid van de aan de instelling verweten gedraging, werkelijk geleden schade en een oorzakelijk verband tussen die gedraging en de gestelde schade. [37]

57. Zoals zal blijken, behoeft in casu alleen de onrechtmatigheid van de gedragingen van de Commissie te worden behandeld.

58. a) Wat de vaststelling van deze inbreuk en met name van de beslissende gedraging betreft, blijkt dat verzoekster dienaangaande tot staving van haar verzoek om schadevergoeding geen argumenten aanvoert die verschillen van het met betrekking tot haar andere verzoeken gevoerde betoog. Uit haar schriftelijk en mondeling betoog blijkt, zoals ik reeds in mijn overwegingen over de ver-

33 — Zie arrest van 26 februari 1986, zaak 175/84, Krohn, Jurispr. 1986, blz. 753, r. o. 32.

34 — Zie arrest van 28 april 1971, zaak 4/69, Lüttieke, Jurispr. 1971, blz. 325, r. o. 6.

35 — 478 624 000 LIT als kosten voor deelneming aan de aanbesteding; 15 % van de per kavel gevraagde prijs als winstderving (die prijzen staan in bijlage 5 van het verzoekschrift).

36 — Arresten van 15 juli 1963, zaak 25/62, Plaumann, Jurispr. 1963, blz. 205, 233, en 19 mei 1992, gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90, Mulder e. a., Jurispr. 1992, blz. I-3061, r. o. 10 en 11.

37 — Vaste rechtspraak: zie bij voorbeeld het arrest van 17 mei 1990, zaak C-87/89, Sonito, Jurispr. 1990, blz. I-1981, r. o. 16.

zoeken krachtens de artikelen 173 [38] en 175 [39] heb beklemtoond, dat het hier eigenlijk om twee gedragingen gaat: enerzijds de instemming met de voorlopige gunning aan een andere inschrijver en de (daarmee stilzwijgend verbonden) uitsluiting van verzoekster en anderzijds het verzuim om tussen te komen teneinde verzoekster opnieuw tot de aanbestedingsprocedure toe te laten.

59. Verzoekster meent, dat de Commissie zich ten onrechte heeft aangesloten bij het standpunt van het CILSS, dat verzoeksters offerte niet voldeed aan de ter zake van de service na verkoop gestelde eisen.

60. b) Op grond daarvan kunnen wij allereerst de exceptie van niet-toepasselijkheid (artikel 184 EEG-Verdrag) verwerpen, die verzoekster heeft opgeworpen tegen artikel 45, lid 2, eerste en vijfde alinea, van de Algemene bepalingen. Verzoekster heeft weliswaar niet gepreciseerd, of zij deze exceptie voor alle dan wel slechts voor sommige van haar verzoeken opwerpt, doch vaststaat in ieder geval, dat verzoeksters verwijt een schending van regels van materieel recht betreft. Welnu, de toepasselijkheid van genoemde bepalingen, die betrekking hebben op het vertrouwelijke karakter van het proces-verbaal van de aanbestedingscommissie en op de (uitdrukkelijk ontkende) verplichting om de beweegredenen van de keuze bekend te maken, is niet relevant voor de beslechting van het geschil.

61. Gelijk de Commissie terecht heeft beklemtoond, zijn die bepalingen immers geen maatstaf voor het gedrag van de Commissie (van de Gemeenschap), maar voor dat van de overheid van het betrokken derde land en van de aanbestedingscommissie, waarvan de samenstelling en de werkwijze zijn vastgesteld door de regelingen van dat land (zie de artikelen 42 en 45 van de Algemene bepalingen).

62. c) Volgens verzoekster bestaat de onrechtmatigheid van de gedragingen van de Commissie hierin, dat deze zich ten onrechte heeft aangesloten bij het standpunt van het CILSS, dat verzoeksters aanbod niet voldeed aan de ter zake van de service na de verkoop gestelde eisen. Indien blijkt dat de Commissie een dergelijke fout heeft gemaakt, moet worden nagegaan welke maatregelen zij in de gegeven situatie had moeten treffen en of het gelaakte verzuim een onrechtmatige gedraging oplevert.

63. Mijns inziens zijn er onvoldoende aanwijzingen voor een dergelijke fout van de Commissie.

64. Dienaangaande zij erop gewezen, dat verzoekster in haar antwoord op de brief van 14 november 1989 [40] uitdrukkelijk heeft meegedeeld, dat de aangeboden organisatie van de service na de verkoop niet kon worden ontwikkeld wanneer een van de twee kavels (namelijk kavel nr. 2) aan een andere inschrijver zou worden gegund. [41]

38 — Zie hierboven punt 38.

39 — Zie hierboven punt 47.

40 — Zie hierboven punt 10; bijlage 6 bij het verzoekschrift.

41 — Volgens de samenvatting in het kader van het antwoord over kavel nr. 3 wordt gezegd, dat ter zake van de investeringen voor de service na de verkoop de kavels nr. 2 en 3 voor Italsolar een eenheid vormen.

65. Deze voorwaarde voor de ontwikkeling van de service na de verkoop is in strijd met bovengenoemde clausule van het aanbestedingsdossier, dat voor de verschillende kavels afzonderlijke offertes moeten worden ingediend en de economisch voordeligste offerte voor elke kavel afzonderlijk moet worden vastgesteld. [42] Verzoeksters offerte hing derhalve ter zake van de service na de verkoop, en dus ter zake van een wezenlijk aspect van de aanbesteding [43], voor de twee kavels van een ongeoorloofde voorwaarde af.

66. In beginsel is het oordeel over de bekwaamheid en de ervaring van de verschillende firma's die verzoekster in de landen van de litigieuze kavels als vertegenwoordiger wilde aanstellen, derhalve irrelevant.

67. Daarbij komt, dat verzoekster niet afdoende heeft aangetoond, dat haar offerte betreffende kavel nr. 2 aan de gestelde eisen voldoet. De offerte voor die kavel vertoont dus een extra gebrek. Bovendien weegt het gebrek dat wegens bovengenoemde ongeoorloofde voorwaarde aan de offerte betreffende kavel nr. 3 kleeft, des te zwaarder, daar die voorwaarde, namelijk het verkrijgen van kavel nr. 2, wegens de gebreken van de voor die kavel geboden service na de verkoop onvervulbaar lijkt.

68. Dienaangaande heeft verweerster in haar verweerschrift onweersproken betoogt, dat de firma Tagui, die verzoekster voor Burkina Faso had aangesteld, een onderneming is die zich bezighoudt met de distributie van aardolieprodukten. In repliek zei verzoekster weliswaar, dat Tagui door haar banden met de ENI-groep (waartoe ook Italsolar behoort) een aantal van haar inheemse technici naar Italië had kunnen zenden om er een opleidingscursus over fotovoltaïsche technologie te volgen, doch in verzoeksters antwoord op bovengenoemde brief, die met name ook betrekking had op de bekwaamheid van het personeel van de firma's ter plaatse, wordt die opleidingsmaatregel slechts in het vooruitzicht gesteld.

69. Verzoekster heeft overigens niet gesteld, dat Tagui ervaring had op het gebied van de bouw of het onderhoud van de bestanddelen van de betrokken installaties. Zoals zij ter terechtzitting bij de bespreking van de geschiktheid van de firma Toutelec Niger (die verzoekster als haar vertegenwoordiger in een van de landen van kavel nr. 3 wilde aanstellen) zelf toegaf, moet met name (maar niet alleen) aan de pompen bijzondere aandacht worden besteed bij het onderhoud en bij de service na de verkoop. Er zijn evenwel geen elementen aangedragen waaruit blijkt dat de firma Tagui ervaren of bekwaam is op dit gebied.

70. Derhalve heeft verweerster mijns inziens geen enkele fout gemaakt door met verzoeksters uitsluiting in te stemmen bij wege van goedkeuring van het voorstel tot gunning aan een andere inschrijver. Hetzelfde geldt

42 — Zie hierboven punt 8.
43 — Zie hierboven punt 5.

uiteraard — geheel afgezien van de draagwijdte van de bevoegdheden van de Commissie — voor het verzuim om maatregelen te treffen om verzoekster opnieuw tot de aanbestedingsprocedure te doen toelaten.

71. Ten slotte wordt aan al deze conclusies ook niets afgedaan door verzoeksters betoog over de gestelde pogingen van een bepaald persoon om door afpersing een percentage op het bedrag van het contract te krijgen. Het is niet aangetoond, dat bij de keuze van de inschrijvers aan wie het contract voorlopig werd gegund, (op die manier verkregen) ongerechtvaardigde betalingen een rol hebben gespeeld. Uit de door verzoekster bij haar repliek overgelegde faxberichten — voor zover die enige bewijskracht hebben — blijkt hooguit, dat verzoekster zelf met die persoon in onderhandeling was.

Conclusie

72. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

— de krachtens de artikelen 173 en 175 EEG-Verdrag ingediende verzoeken niet-ontvankelijk te verklaren;

— het krachtens de artikelen 178 en 215 EEG-Verdrag ingediend verzoek ongegrond te verklaren;

— verzoekster overeenkomstig artikel 69 van het Reglement voor de procesvoering te verwijzen in de kosten, met inbegrip van die welke op het kort geding zijn gevallen.